

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 23 febbraio 2012, n.969.

Sulla possibilità o meno di utilizzare l'istituto comunitario dell'avvalimento ex art. 49 del codice dei contratti pubblici facendo riferimento ai requisiti posseduti da una impresa extracomunitaria; nella specie si trattava di una impresa tunisina.

L'avvalimento è l'istituto in virtù del quale un concorrente che partecipa ad una gara pubblica può dimostrare il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione facendo riferimento alle risorse e alla capacità di un altro operatore economico. In altri termini, mediante l'avvalimento, i requisiti tecnico-organizzativi, economici, finanziari, di certificazione, posseduti da un operatore possono essere utilizzati da un altro soggetto per la partecipazione ad una specifica gara di appalto pubblico. L'articolo 49 fornisce una disciplina dettagliata della documentazione occorrente per provare l'avvalimento ed aggiunge che l'avvalimento comporta: a) la responsabilità in solido, nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto; b) l'applicazione degli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara; c) la sottoposizione ad una serie di limiti quali: per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando il quale può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA (per i servizi e le forniture, è ammesso che il concorrente possa avvalersi di più imprese ausiliarie per il medesimo requisito); il divieto, a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria, di partecipare in proprio alla stessa gara dell'impresa ausiliata; il divieto, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente in relazione a ciascuna gara, salvo il caso che, per requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, il bando preveda che si possa prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso,

impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

In ordine all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto dell'avvalimento, si noti che esso può riguardare solo i requisiti tecnici e quelli economici non anche quelli generali di cui all'articolo 38 del Codice dei Contratti pubblici. Questi, attenendo alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione, né per essi è possibile ricorrere all'avvalimento. L'articolo 49 del Codice, infatti, prescrive che sia l'impresa ausiliaria sia quella ausiliata ne siano provviste direttamente, di conseguenza i requisiti morali di cui all'articolo 38 del Codice non possono essere oggetto di avvalimento.

I requisiti speciali, invece, fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico considerato non nella sua persona, ma sotto il profilo dell'attività espletata e della sua organizzazione. A quest'ultima categoria appartengono i requisiti di capacità economico-finanziaria ed i requisiti di capacità tecnico-organizzativa che, di regola, possono essere oggetto di avvalimento da parte dell'impresa che ne è sprovvista, questo perché, sempre nell'ottica comunitaria, si tratta di acquisire risorse e mezzi e non situazioni meramente soggettive.

Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio si sofferma in ordine alla possibilità o meno per le imprese partecipanti alla gara di avvalersi, ai sensi dell'art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche, di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui all'art. 47, comma 1, del medesimo D.L.vo 163 del 2006 come modificato modificata dall'art. 1, comma 1, lettera l), 5 numero 1, del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152.

L'articolo 47, in particolare, dispone: *“Agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione europea, nonche' a quelle stabilite nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, la*

qualificazione e' consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane”.

Orbene il divieto previsto dall'articolo 47 su riportato, precisa il Collegio, deve ritenersi esteso non soltanto alle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ma anche alle ipotesi di partecipazione indiretta che possono, per l'appunto, realizzarsi proprio con il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 e successive modifiche. Ciò per due ragioni, precisa il Collegio: anzitutto, perché la *ratio* del divieto previsto dall'articolo 47 è quella di assicurare la parità sostanziale di trattamento tra i concorrenti nei procedimenti ad evidenza pubblica, in modo da evitare l'ingresso nei procedimenti medesimi di imprese i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono o possono essere imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie. Inoltre, ha continuato il Collegio, anche l'impresa ausiliaria deve provare il possesso dei requisiti previsti dall'articolo 38 del Codice dei Contratti pubblici in quanto la stessa, dovendo garantire alla stazione appaltante di mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse di cui questa è carente, assume nei confronti della stazione appaltante un'obbligazione accessoria dipendente. Sicchè, il suo intervento si risolve, in definitiva, in una partecipazione effettiva alla gara che, in mancanza delle condizioni previste dall'articolo 47 del Codice dei Contratti pubblici, va ritenuta illegittima. Spiega, infatti, il Collegio: “...*nel contesto dell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, ma deve essa stessa impegnarsi non soltanto verso l'impresa ausiliata che concorre per l'aggiudicazione, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice, a mettere a disposizione dell'ausiliata medesima le risorse di cui questa sia carente. L'ausiliaria, infatti, è tenuta a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. Ciò comporta che l'impresa ausiliaria diviene con ciò titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale assunta dall'impresa partecipante alla gara e che si perfeziona mediante l'aggiudicazione e la stipula a favore dell'impresa ausiliata, di cui segue le sorti, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria*

www.ildirittoamministrativo.it

medesima risponderà a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione. Non a caso, quindi, l'art. 49, comma 1, lett. b) del D.L.vo 163 del 2006 impone all'impresa ausiliaria di allegare una dichiarazione sottoscritta attestante il proprio possesso dei "requisiti generali di cui all'art.38" dello stesso D.L.vo."